

Aspectos actuales de la teoría general del acto administrativo

Alexander Cruz Martínez
Carlos F. Forero Hernández
Editores académicos



Unibagué

Universidad de Ibagué
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Programa de Derecho

Aspectos actuales de la teoría general
del acto administrativo

Alexander Cruz Martínez
Carlos F. Forero Hernández
Editores académicos

Ibagué, Colombia
2024

Ediciones
Unibagué



**Universidad
de Ibagué**

Comprometidos con el desarrollo regional

342.06

A838 Aspectos actuales de la teoría general del acto administrativo / Alexander Cruz Martínez, Carlos F. Forero Hernández, Fredy Camacho Díaz, Jorge Andrés Páez Quiñones, Juan Camilo Varón Sepúlveda, Flor María Torres Guzmán, Paula Yulieth Arana Guaraca. – Ibagué : Universidad de Ibagué, 2024
300 páginas.

ISBN digital: 978-958-754-427-5

ISBN impreso: 978-958-754-433-6

1. ACTO ADMINISTRATIVO – ASPECTOS ACTUALES – 2. DERECHO COMPARADO – 3. RESPONSABILIDAD FISCAL – ACTO ADMINISTRATIVO

Editor

Universidad de Ibagué
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Primera edición: Ibagué, agosto de 2024

Aspectos actuales de la teoría general del acto administrativo

© Universidad de Ibagué, 2024
© Alexander Cruz Martínez, Carlos F. Forero Hernández, Fredy Camacho Díaz, Jorge Andrés Páez Quiñones, Juan Camilo Varón Sepúlveda, Flor María Torres Guzmán, Paula Yulieth Arana Guaraca

Cómo citar esta obra

Cruz Martínez, A. y Forero Hernández, C. F. (Ed.). (2024). *Aspectos actuales de la teoría general del acto administrativo*. Ediciones Unibagué. <https://doi.org/10.35707/9789587544275>

Dirección editorial

Ediciones Unibagué
ediciones@unibague.edu.co
Universidad de Ibagué
Carrera 22, calle 67, barrio Ambalá
Teléfono: +57 608 2760010
Ibagué, Tolima, Colombia
www.unibague.edu.co

Corrección de estilo

María Paula Méndez
María Camila Celis

Diagramación y diseño de portada

Jusan

Impresión

Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.S



Esta publicación puede ser distribuida, copiada y exhibida por terceros si se mencionan los créditos correspondientes. No se puede obtener ningún beneficio comercial. No se pueden realizar obras derivadas

Contenido

Presentación	9
--------------------	---

Capítulo I

La noción de reglamento en el derecho comparado y colombiano.....	11
--	-----------

Introducción.....	11
-------------------	----

1.1 Aproximación al concepto en la doctrina europea continental	12
---	----

1.2 Las particularidades del concepto de reglamento y acto administrativo en el derecho argentino	14
--	----

1.3 El acto administrativo y el reglamento en el derecho colombiano	18
---	----

Conclusiones	28
--------------------	----

Referencias.....	29
------------------	----

Capítulo II

El acto administrativo en los procesos de responsabilidad fiscal	31
---	-----------

Introducción.....	31
-------------------	----

2.1 El control fiscal.....	32
----------------------------	----

2.2 De los principios de la responsabilidad fiscal y su relación con el acto administrativo.....	37
---	----

Conclusiones	39
--------------------	----

Referencias.....	40
------------------	----

Capítulo III

Noción y clasificación del acto administrativo: independientemente de su tipología, todos los actos administrativos se presumen legales	41
--	-----------

Introducción.....	41
-------------------	----

3.1 La noción de acto administrativo.....	42
---	----

3.2 Clasificación o tipología de los actos administrativos.....	59
3.3 Aproximación crítica a la figura del silencio administrativo.....	70
3.4 Actos administrativos nacionales o locales.....	72
3.5 Actos administrativos definitivos.....	73
3.6 Actos de trámite y preparatorios.....	75
3.7 Actos de ejecución.....	81
3.8 Actos administrativos simples y complejos.....	84
3.9 Actos administrativos reglados y discrecionales.....	86
3.10 Actos administrativos electrónicos.....	96
3.11 Actos administrativos precontractuales.....	102
3.12 Actos administrativos contractuales.....	105
3.13 Actos administrativos poscontractuales.....	109
3.14 Actos administrativos sancionatorios.....	109
3.15 Acto administrativo mixto.....	114
3.16 Actos administrativos académicos.....	115
Conclusiones.....	116
Referencias.....	118

Capítulo IV

El <i>soft law</i> en el derecho público colombiano y su conexión con la teoría del acto administrativo.....	123
Introducción.....	123
4.1 Noción de <i>soft law</i>	124
4.2 Fuentes del derecho administrativo.....	127
4.3 El acto administrativo.....	128
4.4 Cambio en el sistema de fuentes: <i>soft law</i>	129
4.5 Una mirada constructiva a la incorporación del derecho blando.....	141
Conclusiones.....	143
Referencias.....	145

Capítulo V

Acto de certificación: una categoría olvidada y vigente en la teoría general del acto administrativo..... 149

Introducción.....	149
5.1 El acto de certificación en la Ley General del Derecho Administrativo colombiano	150
5.2 Aporte de la Ley de Procedimiento Civil a la definición del acto de certificación	151
5.3 Aportes de la Jurisprudencia a la construcción del concepto de acto de certificación	152
Aspectos relevantes.....	170
5.4 Aportes conceptuales de la doctrina a la naturaleza jurídica de los actos de certificación.....	171
Aspectos relevantes.....	194
5.5 Naturaleza jurídica de los actos de certificación	195
Referencias.....	198

Capítulo VI

La información personal y el acto administrativo electrónico: un estudio desde la regulación jurídica de los derechos humanos en línea 201

Introducción.....	201
6.1 La sociedad de la información en un Estado Social de Derecho	202
6.2 La automatización y la digitalización de la información pública.....	203
6.3 El acto administrativo electrónico y su finalidad	204
6.4 Ubicación dogmática - jurídica de los derechos humanos en línea	207
6.5 Lineamientos propositivos para un escenario proteccionista de la información pública	208
Conclusiones	209
Referencias.....	211

Capítulo VII 213

Controles internos del acto administrativo: los recursos de vía administrativa y la revocatoria directa del acto administrativo 213

Introducción.....	213
7.1 La caracterización de controles internos del acto administrativo.....	214
7.2 Recursos de vía administrativa.....	215
7.3 Oportunidad para interponer los recursos de vía administrativa	228
7.4 Requisitos que deben cumplir los recursos de vía administrativa que interpondrán por escrito	229
7.5 Decisión frente a los recursos de vía administrativa interpuestos	230
7.6 ¿Existe el recurso de reconsideración?.....	239
7.7 Revocatoria directa del acto administrativo	250
Conclusiones	269
Referencias.....	271
Autores.....	275

Presentación

Se ha afirmado con frecuencia que el derecho público es indispensable para la construcción de las sociedades actuales. Por extensión, el derecho administrativo, que es su especie y está encargado de estudiar lo relacionado con la administración pública (orgánica y funcional), sin duda contribuye a dicha construcción. El estudio de la edificación de las sociedades no puede ser ajeno al derecho administrativo, máxime cuando se está ante una normativa que regula las relaciones entre el Estado y los asociados o, como dicen algunos administrativistas, entre la administración pública y los administrados.

Las relaciones del Estado con los asociados son expresiones que, en últimas, buscan materializar los derechos fundamentales y las garantías de quienes intervienen en las actuaciones administrativas (o en los procedimientos administrativos, para algunos estudiosos). Conviene destacar que somos partidarios de la explicación doctrinaria, según la cual es conveniente decir *asociados* y no *administrados*, en la medida en que el Estado debe estar al lado de las personas, estar con ellas; así, se elimina la idea de sumisión del *administrado* frente al Estado. Ambos, Estado y asociados, deben estar en un plano de igualdad.

No obstante, en la práctica se ha evidenciado que el Estado cuenta con amplias prerrogativas en las actividades y las actuaciones estatales para el cumplimiento del interés general. Esto justifica generar situaciones de sumisiones de los particulares (asociados) frente al Estado, pero se debe respetar siempre las garantías y los derechos fundamentales. En efecto, las prerrogativas estatales para el cumplimiento del interés general deben estar acordes y limitadas al estricto respeto de la dignidad humana de quienes intervienen en las actuaciones administrativas.

Lo anterior no significa que, ante el estricto respeto de las garantías de derechos de los asociados en las actuaciones y las actividades estatales, el derecho administrativo haya abandonado el uso de las potestades unilaterales de la administración pública como aplicaciones de prerrogativas para el cumplimiento

del interés general. Por ello, se permite la utilización de las prerrogativas, pero su empleo se encuentra limitado, conforme al respeto de los derechos y las garantías.

De paso, y a manera de ilustración, el acto administrativo —piedra angular del derecho administrativo—, entendido como manifestación unilateral de voluntad de la administración pública, encaminada a producir efectos en derecho, tampoco se encuentra abandonado dentro del derecho administrativo. De hecho, la administración pública lo necesita para el cumplimiento del interés general. Por eso, se conservan, para su estudio y su aplicación, los atributos de presunción de legalidad, exigibilidad, obligatoriedad, irrevocabilidad y ejecutividad.

En este sentido, el acto administrativo está orientado al cumplimiento de estos propósitos: por un lado, la satisfacción del interés general, por ser este acto jurídico la expresión del ejercicio de la función administrativa; y, por el otro, la garantía de los derechos de los asociados que intervinieron en las actuaciones o procedimientos administrativos. De ahí que, de ahora en adelante, se hable con frecuencia de una teoría general del acto administrativo garantista de los derechos humanos.

Por esto, precisamente, la presente obra colectiva posee la pretensión de desarrollar varias temáticas relacionadas con el papel que debe cumplir la teoría general del acto administrativo frente a los derechos humanos. Una actividad académica que forma parte del desarrollo del proyecto de investigación titulado “El papel del derecho administrativo frente a los derechos humanos y a la corrupción pública”, código 23-013-sint, de la Universidad de Ibagué.

Alexander Cruz Martínez
Carlos F. Forero Hernández
Editores académicos

I

La noción de reglamento en el derecho comparado y colombiano

Alexander Cruz Martínez¹

Introducción

La teoría general del derecho entiende la norma como un acto jurídico dado su carácter unilateral. Esta es una noción que podría entenderse teóricamente como antagónica al concepto de contrato, cuyo elemento configurativo es el acuerdo de voluntades. La norma en algunos eventos también puede ser entendida como la concreción de la voluntad general, como es el caso de la Constitución o la ley; igualmente puede percibirse como producto de la actividad de los poderes constituidos y subordinados que actúan política o técnicamente, como los reglamentos o los actos administrativos. Estos dos junto con el contrato, las vías de hecho y el silencio administrativo, son considerados como medios de acción de la administración.

Estas dos últimas categorías son problemáticas a la hora de construir una teoría general aplicable con validez universal en los distintos ordenamientos jurídicos, puesto que, para algunos de ellos, estas son enteramente diferentes entre sí y tienen una relación de subordinación en tanto los reglamentos son asimilados a la ley (actos de naturaleza legislativa) y los actos administrativos a actos de concreción de derechos subjetivos de los administrados. Por otra parte, otros ordenamientos reconocen una relación de género a especie, por lo que el acto administrativo es el género y el reglamento de una de sus especies.

En el derecho administrativo comparado, Argentina, España y Alemania dan un tratamiento separado a ambas categorías y las dotan de características

¹ Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué, Colombia. Correo electrónico: alexander.cruz@unibague.edu.co ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5705-9706>.

muy particulares a cada una. Consideran que el reglamento tiene una posición jerárquica superior a la del acto administrativo, mientras que el derecho colombiano opta por vincularlos en una relación de género a especie, sin que el reglamento necesariamente tenga un acomodamiento único dentro del bloque de legalidad.

En ese contexto, el presente artículo tiene como propósito presentar los puntos de encuentro y desencuentro en la formulación del concepto de reglamento en el derecho colombiano y otros de tradición europea continental. Para lograr este propósito, en primera instancia, se presentarán algunas consideraciones generales sobre el desarrollo teórico europeo, haciendo énfasis en el caso español. Enseguida, se explicará el abordaje que se da a la noción en el derecho argentino y en el colombiano. Se finalizará con la posición personal comparativa respecto al debate.

1.1 Aproximación al concepto en la doctrina europea continental

La doctrina europea se ha interesado por profundizar en la naturaleza jurídica del reglamento como norma. Es decir, si este es en sí mismo un acto administrativo o se trata de un acto materialmente considerado como verdadera legislación, o también si puede hablarse de una categoría autónoma intermedia entre la ley y el acto administrativo.

Para fundamentar lo anterior, se han edificado dos tesis (Garrido Falla, 1994). La primera sostiene la existencia de una delegación de poderes que señala que la potestad reglamentaria está en cabeza del poder legislativo y solo aparece al ser ejercida por la administración a través de un proceso de delegación. Según Garrido Falla (1994), esto puede llevar a que se confunda el reglamento administrativo con la legislación delegada. Por otra parte, está la postura de los poderes propios que explica que la potestad emana de facultades inherentes al funcionamiento de la administración de acuerdo con su propia naturaleza.

García de Enterría y Fernández (2001) definen reglamento como “toda norma escrita dictada por la administración” (p. 177); además, explican cómo la doctrina germánica del siglo xix entendía los reglamentos como leyes en sentido material. Así mismo, critican la definición porque la administración en sí misma considerada no representa la voluntad general. Lo único en lo que se parecen ley y reglamento es en que son normas escritas, pero en lo demás hay diferencias sustanciales (García de Enterría y Fernández, 2001), dado que no es correcto explicar el reglamento como un acto administrativo de carácter general

y aplicarle toda la teoría de este. Es decir, optan por entender el reglamento como una categoría especial, a la que no puede considerársele como ley, ni siquiera en sentido material, ni un acto administrativo de carácter general.

Para ellos, una de las distinciones importantes es que el reglamento innova en el ordenamiento jurídico, mientras que el acto administrativo consiste en una aplicación de este. Además, el reglamento es impersonal y abstracto, mientras que el acto administrativo es particular. Sin embargo, aclaran que pueden darse reglamentos que hagan alusión a situaciones particulares, de la misma forma que pueden existir actos administrativos destinados a personas indeterminadas. Agregan que la distinción no es puramente teórica, sino que tiene una trascendencia práctica en cuanto a la competencia para expedir reglamentos, puesto que solo la pueden desarrollar los órganos a los cuales se les ha atribuido; entre tanto, la expedición de actos administrativos es una prerrogativa general de los órganos con funciones administrativas.

Garrido Falla (1994) señala que en el derecho español es reglamento “toda disposición jurídica de carácter general dictada por la administración pública y con valor subordinada a la Ley” (p. 239); consecuencia directa de las competencias propias que el ordenamiento jurídico le concede a la administración. Mientras en el derecho francés la Constitución prevé materias que están reservadas al reglamento, en el derecho español no existe tal posibilidad y, por ende, el reglamento siempre está subordinado a la ley (Rodríguez-Arana Muñoz, 2009).

De ello se desprende que los actos administrativos son sometidos al principio de legalidad y, adicionalmente, son normas de derecho objetivo. Se justifican en la medida en que el Parlamento tiene una composición política y no técnica, como sí la tiene la administración; además, en que la movilidad, entendida como posibilidad de reforma y derogación, se debe adaptar a las necesidades de cambio constante de la administración; también, en que la esfera de discrecionalidad de poder ejecutivo requiere que la administración se autolimita dictando sus propios reglamentos; y, finalmente, en que existe la oportunidad de atribuir competencias al Ejecutivo, porque el Congreso no puede hacerlo todo.

En términos generales, la doctrina europea continental aísla o separa el reglamento del acto administrativo, pues este último lo circunscribe en el ámbito puramente subjetivo o individual. Hauriou, citado por Solano Sierra (1997), señala que el acto administrativo en el derecho francés es “la declaración de voluntad expresada por un órgano administrativo y que determina de manera unilateral, lo que es derecho en un caso individual” (p. 114). Es decir, delimita

y reduce el concepto de acto administrativo a situaciones muy particulares que están subordinadas a la ley y al reglamento.

En efecto, Rivero y Waline (1994) citan una clasificación tradicional elaborada por Duguit y sus seguidores, de acuerdo con el objeto. La primera corresponde a los actos regla, cuyo tipo es el reglamento; la segunda, a los actos subjetivos que versan sobre una situación jurídica individual, en la cual el contrato es el tipo; y, en tercera instancia, el acto condición que consiste en la aplicación de un estatuto general a una situación particular, por ejemplo, el nombramiento de un funcionario.

De acuerdo con García y Fernández (2001), a la posición francesa se le enfrenta la alemana en la que Otto Mayer señala que el concepto tiene asidero en el modelo de sentencia judicial, como acto que decide autoritariamente una situación en un caso particular. A manera de ejemplo, la Ley de Procedimiento Administrativo alemán (Verwaltungsverfahrensgesetz- VwVfG) del 25 de mayo de 1976 establece que acto administrativo es “toda disposición, resolución, u otra medida de autoridad adoptada por un órgano administrativo y dirigida a la regulación de un caso particular en el ámbito del Derecho Público, con efectos inmediatos en el exterior” (p. 538).

1.2 Las particularidades del concepto de reglamento y acto administrativo en el derecho argentino

El derecho argentino adopta la tesis europea que distingue reglamento de acto administrativo. Para Gordillo (1998), dentro de los actos unilaterales de la administración se distingue entre aquellos que producen efectos generales y efectos particulares. Los generales son reglamentos administrativos, o sea, normas generales dictadas por la administración que se incorporan con voluntad de permanencia a ese orden jurídico de cuatro grados (derecho supranacional, constitución, leyes, reglamentos).

Para el tratadista argentino, al igual que los contratos administrativos, el reglamento tiene su propia denominación específica y régimen especial que lo distingue de cualquier otra categoría jurídica. Aclara que no se puede superponer con el concepto de acto administrativo porque pierde precisión. Por ende, “...conviene por lo tanto dar a los reglamentos administrativos única y exclusivamente esta denominación, ‘reglamentos’, y reservar el nombre de acto administrativo en sentido específico y técnico, solo para los actos unilaterales” (Gordillo, 1998, p. 12).

Con lo anterior, este autor entiende acto administrativo como “la declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa” (Gordillo, 1998, p. 12). Sin embargo, enfatiza en que se trata de una definición en sentido restringido, puesto que, en sentido amplio, corresponde a toda declaración administrativa productora de efectos jurídicos. Al abrir la definición en sentido amplio y en sentido restringido se crea un problema mayor. El verdadero punto de discusión se halla en determinar su naturaleza, es decir, si son actos de carácter legislativo o administrativo. Se agrega que, si bien su naturaleza pudiera ser administrativa, no son como tales actos administrativos sino una categoría especial dentro del ordenamiento jurídico.

En ese sentido, el profesor Balbín (2013) define el acto administrativo como la “declaración unilateral de alcance particular dictado por el Estado en ejercicio de funciones administrativas que produce efectos jurídicos directos e inmediatos sobre terceros” (p. 368); así mismo, entiende los reglamentos como “actos de alcance general, abstracto y obligatorio que dicta el poder ejecutivo con efectos jurídicos directos sobre las personas en virtud de una atribución expresa o implícita del poder constitucional o legal” (p. 58).

Como quiera que la doctrina asimile los términos decreto y reglamento, señala el autor que el decreto debe definirse o por su objeto material, que es el detalle complemento de las materias, o por el órgano competente y por el procedimiento constitucional o legal. Estos decretos son normatividad sublegal, excepto aquellos que tienen estatus de ley; esto implica también sujeción al ordenamiento internacional y a la Constitución. El reglamento llena el espacio que dejó la ley sin invadir, ni derogar, ni contradecir lo señalado por ella.

Por su parte, Dromi (2004) señala que el reglamento administrativo es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales en forma directa. Añade que la ley y el reglamento no se diferencian solo por cuestiones formales sino también sustanciales. Mientras la ley es la expresión de la voluntad soberana del pueblo, el reglamento es expresión de la competencia reglamentaria de la Administración; esto constituye una diferencia de calidad y grado. La ley emana del poder legislativo; entre tanto, el reglamento deviene de la administración, que es el aparato instrumental servicial para la ejecución de los fines del Estado.

En ese sentido, el doctrinante Marienhoff (1995) explica que el concepto de reglamento “implica una manifestación de voluntad de órganos administrativos,

creadora de status generales, impersonales y objetivos. No existen reglamentos para regir un caso concreto; solamente la ley formal puede dictar disposiciones para un caso particular” (p. 250). Agrega que, si bien es cierto, en sentido estricto, comúnmente proceden del poder Ejecutivo es posible que provengan de otros como el Legislativo o Judicial sin perder su naturaleza administrativa.

La Constitución Nacional argentina, en adelante CNA, en su artículo 86, dotó de facultades reglamentarias propias al presidente de la República sin previa habilitación por parte del legislador; no obstante, el Congreso puede privar tácitamente de la función al presidente cuando abarque *in extenso* una materia determinada. De acuerdo con lo prescrito en el texto constitucional, a partir de la reforma de 1994, que además dotó a otras autoridades inferiores de la posibilidad de dictar reglamentos, en la actualidad la doctrina clasifica los reglamentos en autónomos, internos, de ejecución, delegados y de necesidad y de urgencia (Balbín, 2013).

Los reglamentos autónomos son una cuestión bastante controvertida en Argentina. Quienes defienden su existencia entienden que a través de ellos el Ejecutivo regula los detalles y también el núcleo de la materia asignada, privando al Legislador de intervenir en la materia (como ejemplo de ellos se cita el régimen de los agentes públicos, la organización del ejecutivo y el procedimiento administrativo). El fundamento de esta zona de reserva del Ejecutivo se hallaría en el actual inciso 1 de los artículos 99 y 300 de la CNA. El profesor Balbín (2013) considera que el Ejecutivo no tiene una zona de reserva propia en materia normativa y, por tanto, no se puede hablar de esta categoría de reglamentos, pues la actividad de regulación está limitada por el núcleo de la materia sobre el cual el legislador siempre tiene potestad para asumirlo en cualquier momento dentro de los límites constitucionales.

Por su parte, los reglamentos internos, de acuerdo con Dromi citado por Balbín (2013), son definidos como “decretos meramente formales porque no regulan situaciones jurídicas y, por tanto, no incluyen proposiciones jurídicas” (p. 92). De paso, a este tipo de reglamentos el tratadista argentino Dromi los califica como simples actos de la administración y los define como “la declaración unilateral interna o interorgánica realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma indirecta” (p. 291). Como ejemplos se citan la propuesta y los dictámenes. Solo regulan la organización propia del Ejecutivo, por lo que no versan sobre situaciones jurídicas, derechos u obligaciones de los ciudadanos. Este tipo de reglamentos está, como es natural, supeditado al bloque normativo y reviste un carácter ejecutivo.

También se hallan los reglamentos de ejecución que son los encargados de fijar las minucias y detalles de las leyes que son sancionadas por el Congreso; pueden ser de carácter general, abstracto, obligatorio y periférico; entendido este último como el respeto hacia el núcleo del asunto previamente definido por el legislador, al cual no se puede ingresar para modificarlo o cambiar su sentido. Se trata de una actividad de colaboración, de complementariedad y de precisión que emana del actual artículo 99 de la CNA y que, en la práctica, consiste en llenar vacíos o espacios que el legislador dejó libres, siempre que estos existan; de lo contrario no podrá penetrar allí, pues el legislador también elabora el núcleo y los detalles. En todo caso, si existen vacíos, el Ejecutivo podrá hacerlo por mandato constitucional genérico y no bajo autorización legal específica.

En cuanto a los reglamentos delegados, se trata de actos que produce el Ejecutivo a partir de una delegación expresa. En ellos se debe tener en cuenta que el Congreso no puede delegar en el Ejecutivo, u otro departamento de la administración, los poderes que le han sido expresamente conferidos. En el artículo 76 de la CNA se prohíbe expresamente la delegación legislativa en el poder Ejecutivo, excepto en determinadas materias de administración o emergencia pública, dentro de un plazo que le fija el Legislativo. Los asuntos que no se pueden transferir se refieren a atribuciones de gobierno, administración, jurisdiccionales, de control y constituyentes.

De igual manera, se encuentran los decretos de necesidad y urgencia que son actos de alcance general que dicta el poder Ejecutivo sobre materias legislativas sin autorización previa del Congreso. La diferencia que existe entre los decretos delegados y estos es que, en este último caso, no se requiere una habilitación previa del órgano de deliberación (Balbín, 2013). Cabe señalar que estos tampoco estaban instituidos en la versión original de la CNA y fueron introducidos en la reforma de 1994.

De lo dicho hasta aquí se encuentra que en el derecho argentino existen reglamentos que ostentan una posición muy cercana a la ley (reglamentos delegados y decretos de necesidad y urgencia) y otros que son enteramente infralegales (reglamentos de ejecución). El profesor Balbín (2013) señala que es diferente del contrato, del reglamento, de los hechos y las vías de hecho, del silencio y de los actos internos que no tienen efectos directos sobre terceros.

Tal distinción se hace en virtud de que cada categoría tiene un marco jurídico propio y que, al tratarse del acto administrativo, hay unilateralidad mientras que en el contrato hay bilateralidad. De hecho, Balbín (2013) señala que en la

legislación argentina el reglamento está regido por las cláusulas constitucionales respectivas y, específicamente, por los artículos 11, 24 y 25 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo (LPA), mientras que el contrato está regulado por leyes especiales y en caso de indeterminaciones, por las cláusulas del título iii de la LPA; los hechos y las vías de hecho en los artículos 9, 23 y 25 de la LPA. El silencio, a su turno, está reglado en los artículos 10, 23 y 26 de la LPA, y los actos internos por los artículos 48, 74 y 80 del decreto 1759 de 1972 reglamentario de la LPA, denominado Reglamento de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo (RLPA).

En este orden, Balbín (2013) asevera que mientras el acto administrativo es particular en el sentido de que define en un campo cerrado quienes son sus destinatarios, el reglamento es de alcance general porque su campo subjetivo es indeterminado y abierto. En breve, es acto administrativo aquel que produce efectos individuales y directos por oposición al reglamento que produce efectos generales. De hecho, este autor ha precisado que debe tenerse en cuenta que existen actos estatales que no son contratos, pero en cuya formación interviene el particular en grado de intensidad diferente.

1.3 El acto administrativo y el reglamento en el derecho colombiano

La doctrina nacional ha elaborado un concepto amplio de aquello que se entiende por acto administrativo y comprende actos de carácter general como particular. Como se señaló, en el ámbito comparado hay una clara diferenciación entre el acto administrativo que ostenta un carácter subjetivo y concreto, frente a los actos generales expedidos por la autoridad administrativa que son llamados reglamentos. Por lo tanto, empezaré por definir, en términos generales, qué se entiende por acto administrativo, para, posteriormente, entrar en su clasificación de actos generales y particulares, y profundizar en el reglamento como equivalente a acto administrativo general.

A pesar de que las instituciones principales del derecho administrativo colombiano fueron adaptadas y positivizadas a partir de las construcciones jurisprudenciales propias del derecho administrativo francés, la noción de acto administrativo no tiene en la actualidad su mismo sentido que en Francia. El Decreto Ley 2733 de 1959 por el cual se reglamenta el derecho de petición, y se dictan normas sobre procedimientos administrativos incorporó en la legislación nacional la clasificación de actos administrativos generales y particulares, cuya división venía haciéndose por vía jurisprudencial (Peña Porras, 2007).

Años más tarde, en el extinto Código Contencioso Administrativo, expedido mediante Decreto 01 de 1984, se precisó en su versión original, en el inciso segundo del artículo 83, su definición en los siguientes términos “son actos administrativos las conductas y las abstenciones capaces de producir efectos jurídicos, y en cuya realización influyen de modo directo e inmediato la voluntad o la inteligencia”. De hecho, el artículo completo fue subrogado por el artículo 13 del Decreto 2304 de 1989, publicado en el Diario Oficial No. 39.013 del 7 de octubre de 1989, por lo que desapareció el inciso en su totalidad. Así lo ha explicado el Consejo de Estado desde la Sentencia de enero 22 de 1988, Sección Cuarta. Consejero Ponente, Hernán Guillermo Aldana.

Tal conceptualización resultaba deficiente porque ni el sujeto ni la función bajo la cual se profería la decisión aparecían cualificados, ni se enmarcaban dentro de la función administrativa, por lo que también podría corresponder a un acto de derecho privado, o quizás a un acto de derecho público de estatus jurisdiccional o legislativo. Además, aparecía un elemento psicológico de difícil interpretación jurídica como la inteligencia.

La Corte Constitucional colombiana en su jurisprudencia se ha referido a la definición de acto administrativo. En la Sentencia C-1436 de 2000, por ejemplo, señaló que es la “manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de estos”. Esta definición es concordante con la tradición jurídica nacional; sin embargo, aparece citada en las sentencias C-620 de 2004 y T-945 de 2009 sin hacer mayores precisiones, la definición del tratadista García de Enterría y Fernández (2001): “la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria” (p. 540).

En efecto, al analizar la Sentencia C-620 de 2004, sí aclara la distinción entre actos administrativos particulares y generales, sin establecer la conexión con el concepto de reglamento. La Corte manifiesta:

A través de los primeros (los generales), se conocen aquellos actos administrativos en los que los supuestos normativos aparecen enunciados de manera objetiva y abstracta, y no singular y concreta, y por lo tanto versados a una pluralidad indeterminada de personas; es decir, a todas aquellas que se encuentren comprendidas en tales parámetros. Por el contrario, los segundos, son aquellos actos administrativos de contenido particular y concreto, que producen situaciones y crean efectos individualmente considerados. No obstante, lo anterior, la indeterminación no se

relaciona únicamente en punto del número de receptores de la decisión administrativa, sino que igualmente estos aparezcan individualizados. En otras palabras, puede existir un acto general referido, en la práctica, solo a algunas pocas personas o a ninguna y viceversa, un acto individual referido a muchas personas concretamente identificadas.

En mi criterio, en el ámbito colombiano resulta inapropiada esta citación de la forma y para los propósitos en que se hizo. Como se señaló, el derecho administrativo español y argentino, al igual que gran parte del derecho europeo, excluyen el reglamento y los actos generales de la noción de acto administrativo. Esto, sin embargo, no es precisado en la jurisprudencia mencionada, por lo tanto, se puede prestar a equivocaciones. Una definición más acertada es la que elabora Sánchez Torres (1998) en la que afirma:

El acto administrativo unilateral sometido al control jurisdiccional es acto jurídico como manifestación de voluntad, destinado a producir efectos en derecho, que contiene una decisión de naturaleza administrativa; en sentido orgánico y material es un acto decisorio de la administración pública, una manifestación unilateral de voluntad con el fin de producir efectos jurídicos. (p. 51)

También es oportuno citar a Rodríguez (2000) que los entiende como “manifestaciones de voluntad de la administración tendientes a modificar el ordenamiento jurídico, es decir, a producir efectos jurídicos” (p. 195). Por su parte, Forero Hernández (2023) señala lo siguiente:

(...) en la noción de acto administrativo se asocian las instituciones jurídicas de administración pública, función administrativa y relaciones jurídicas entre la administración pública y los administrados. Es de señalar que el derecho administrativo debe estudiar igualmente la consecución del interés general y la efectiva protección de los derechos y garantía de los asociados (...). (p. 61)

Aunque no es una tarea fácil, en aras de hacer un aporte a la construcción de un concepto amplio de lo que se entiende en Colombia por acto administrativo, me permito indicar que conforme a las directrices constitucionales, al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, y a la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, debe entenderse por acto administrativo la exteriorización de la voluntad unilateral de una entidad o persona jurídica, pública o privada, que en ejercicio de funciones administrativas produce efectos jurídicos generales o particulares y cuyo control corresponde a la jurisdicción contencioso administrativo.

De esta definición se derivarían los siguientes elementos. En primera instancia, debe existir una voluntad exteriorizada que implica la modificación del mundo a partir del querer de un sujeto que la expresa ya sea de forma verbal, escrita o a través de medios electrónicos. La manifestación consiste en crear, regular, declarar, modificar o extinguir una relación jurídica (Penagos, 2013). Por lo tanto, excluye hechos, vías de hecho, operaciones administrativas y omisiones a las que no se les dote de efectos de acto administrativo, pues también puede producirse a partir de la omisión. Este es el caso del silencio administrativo, que consiste en la conducta omisiva, frente a la cual el ordenamiento jurídico le dota de efectos jurídicos negativos o positivos y señala un procedimiento para su homologación en situaciones particulares. En efecto, del silencio administrativo, positivo o negativo, la ley dispone su homologación a la de acto administrativo. Según el tratadista argentino Guillermo Andrés Muñoz (1982):

(...) Una figura ideada para evitar que la actitud silente de la administración, al escamotear el acto previo, pudiera vedar el control judicial de su actividad... luego se produjo un proceso extraño. Como los particulares solo cuestionan las decisiones que les son desfavorables, con el tiempo, y por un fenómeno asociativo en el que mucho tuvo que ver la comodidad del lenguaje, se comenzó a equiparar silencio con voluntad denegatoria. A partir de aquella identificación puramente verbal, un destacado sector de la doctrina elevó el silencio a la categoría de verdadero acto administrativo (...). (p. 26)

En segunda instancia, debe ser unilateral, lo cual lo diferencia de otras categorías jurídicas como el contrato, que se define como un acuerdo de voluntades. Esto no excluye ciertos grados de concertación y participación de los implicados en algunos casos. En tercera instancia, su efecto, que consiste en la modificación del mundo jurídico, es decir, que debe ser exteriorizado y conocido por las personas. En cuarto lugar, su justiciabilidad, procesal y material, debe reclamarse ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Finalmente, debe provenir de una entidad o persona jurídica, pública o privada (es el caso, por ejemplo, de las Cámaras de Comercio y el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio, que constituye una función administrativa en cabeza de un particular), en ejercicio de funciones administrativas. Bajo el principio de ajuste de la actuación administrativa al bloque de legalidad y de constitucionalidad (principio de legalidad), no importa el sujeto u órgano que lo expida, lo fundamental es que, previa habilitación normativa y conforme a un régimen de controles y responsabilidades, se tenga la competencia para hacerlo.

Aquí es pertinente profundizar respecto a los tres criterios tradicionales diseñados como guías para identificar si estamos realmente frente a un acto administrativo. Estos son: el orgánico, el material y el formal. De acuerdo con el primero, las funciones estatales son la legislativa, la jurisdiccional y la administrativa; de esta manera, cada órgano perteneciente a cada rama expide actos de la misma naturaleza. Si se trata de un órgano legislativo, este expedirá actos de tipo legislativo; también si se trata de un órgano de carácter judicial, los actos expedidos serán judiciales; por lo tanto, le corresponde a la rama ejecutiva la expedición de actos administrativos.

No obstante, este criterio resulta insuficiente por cuanto cada rama se especializa en ejercer funciones de acuerdo con su naturaleza, sin que ello implique que no se puedan realizar funciones administrativas por parte de los otros órganos. En el caso del Congreso de la República, pese a ser legislativo, a través de sus mesas directivas expide actos administrativos, de la misma manera en que la rama judicial, a través de la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, también los expide. Esta explicación corresponde al otro criterio, el material, que recae sobre el contenido del acto para clasificarlo como administrativo, legislativo o jurisdiccional. Sánchez Torres (1998) opina:

Este criterio fue elaborado por la doctrina francesa y tiene como fundamento el hecho de que los actos de las diferentes entidades estatales no ostentan siempre idéntico contenido, ni producen los mismos efectos, así como también es cierto que los actos de un mismo órgano estatal, revisten ocasionalmente contenidos distintos. (p. 47)

De esta manera, se mira el contenido del acto y no el órgano, y se define administrativo, en la medida en que concrete actividades en las que el Estado, incluso los particulares, deban realizar frente a los asociados para satisfacer necesidades generales. Esto de acuerdo con la ley y usando las prerrogativas del poder público.

El último criterio es el formal, que tiene en cuenta la forma cómo se expide el acto, incluso su nominación o la jurisdicción que lo controla. Por ejemplo, el CPACA señala, en general, las etapas para la formación de los actos administrativos. Entre tanto, la formación de ordenanzas y acuerdos municipales tiene un procedimiento especial (para los acuerdos, el procedimiento se encuentra en la Ley 136 y en los reglamentos internos de los concejos municipales. Para las ordenanzas se halla, especialmente, en el Decreto 1222 de 1986 y en los reglamentos internos de las asambleas departamentales).

Respecto a su justiciabilidad, es importante señalar que solo los actos administrativos pueden ser sometidos al conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, excluyendo actos con estatus legislativos, como los decretos leyes y los decretos legislativos, cuya competencia la tiene la Corte Constitucional. Cada criterio debe ser analizado de forma independiente, siguiendo una secuencia que comienza con el criterio orgánico, continúa con el material y se reafirma con el formal. Como puede notarse, la definición apuntada es muy amplia, pero englobaría los actos de carácter general y los actos de carácter particular (Santofimio Gamboa, 2003, pp. 161-164).

Ahora, es necesario profundizar en los actos administrativos generales, entre los cuales, en términos amplios, la especie predominante es la de reglamentos. Según la jurisprudencia del Consejo de Estado (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera), el reglamento consiste en el...

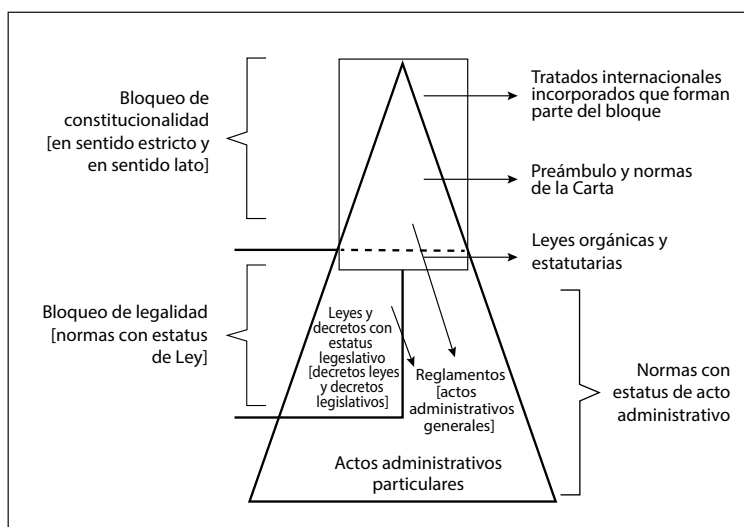
Conjunto normativo generador o regulador de situaciones jurídicas generales, impersonales o abstractas, proferido por aquellos órganos del Estado que no ejercen, desde el punto de vista formal, la función legislativa, sino que, por el contrario, constitucionalmente tienen asignado, primordialmente, el ejercicio de funciones administrativas —bien sea que se trate de órganos ubicados dentro de la Rama Ejecutiva del Poder Público, ora tratándose de órganos autónomos e independientes de la estructura de las tres ‘Ramas clásicas’ del mismo (legislativa, ejecutiva y judicial— o de funciones jurisdiccionales. (p.6)

Actualmente, los reglamentos suelen ser clasificados de acuerdo con la posición jerárquica que ocupen dentro del ordenamiento jurídico, es decir, si están o no subordinados a la ley. De hecho, sobre la definición y las clases, la Corte Constitucional Colombiana se ha pronunciado de forma similar, excepto en el caso de reglamento que desarrolla ley marco. De ello se recomienda revisar la Sentencia C-447 de 1996, magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz de la Corte Constitucional.

Por lo tanto, se denominan reglamentos *ejecutivos* o *secundum legem* aquellos dictados en ejecución o por requerimiento de una ley preexistente, con el fin de que se detalle, desarrolle, complemente o prepare su ejecución. Así mismo, existen reglamentos *independientes* o *praeter legem* que no tienen como condición para su expedición una ley previa, sino que, por el contrario, se ocupan de materias de las cuales el legislativo no ha incursionado en virtud de que el Constituyente ha decidido, deliberada y justificadamente, que la ley no se ocupe de esas materias, o que lo haga solo de manera parcial. De esta forma, crea una zona de reserva total o parcial hacia el reglamento.

El reglamento como fuente del derecho no ocupa una única posición en la jerarquía normativa interna. Por ello, no siempre se encuentra estrictamente subordinado a la ley. Esta situación no podía ocurrir en vigencia de la Constitución anterior a la de 1991, pues no se permitía la existencia de ámbitos de regulación exclusiva en favor del reglamento. En la Figura 1 es posible observar la posición del reglamento en la pirámide normativa y su relación con los demás niveles normativos.

Figura 1. Posición jerárquica del reglamento en Colombia



Fuente: elaboración propia

Otra clasificación corresponde a reglamentos jurídicos o normativos que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas en relación con los derechos y los deberes de los administrados. Esto produce efectos externos centrados en la relación de sujeción entre administrados y poder público. Este tipo de reglamentos se opone a los administrativos o de organización que son más internos y se dan solo en virtud de relaciones especiales de sujeción; como ejemplo se citan aquellos que se producen frente a los llamados a prestar el servicio militar, o respecto a los individuos reclusos en un establecimiento penitenciario.

El Consejo de Estado reconoce que existe una fundamentación técnica y de especialización en la expedición de los reglamentos que busca generar los detalles y las minucias al margen de los debates políticos de las normas que se

reglamentan, cuyo origen está en las instancias elegidas popularmente como el Congreso. Un ejemplo de lo anterior son los actos reglamentarios de las Comisiones de Regulación.

También es importante señalar que la justificación está en la existencia de una potestad normativa diferente a la legislativa, lo cual es necesario frente a la organización de los servicios de la Administración de manera detallada y especializada por materias. Este asunto no lo podría hacer la ley por su carácter generalísimo, por las circunstancias que son cambiantes y por los procedimientos de reforma legislativa que son más rígidos que los de los actos de las autoridades administrativas. En la Tabla 1, se observan los diferentes tipos de reglamentos identificados por el Consejo de Estado:

Tabla 1. Tipos de reglamentos

Denominación	Explicación
Reglamento expedido por el presidente de la República	Es dictado en ejercicio de la potestad reglamentaria con el propósito de dar cumplimiento a la ley. Tal facultad está constitucionalmente atribuida al presidente de la República por el artículo 189 numeral 11 superior y, por tanto, subordinados a la Constitución y a la ley.
Reglamento constitucional autónomo	Son disposiciones de carácter general, impersonal y abstracto, expedidas por diferentes autoridades a las que la misma Constitución atribuyó esta competencia normativa sin sujeción a la ley. Constituyen un desarrollo directo de la Carta. Aunque ostentan una jerarquía igual a la de la ley, no pueden invadir la órbita competencial que corresponde al Legislativo. Por ejemplo, aquellos que expida el presidente de la República en virtud de las facultades otorgadas en los artículos 131 inciso 3, 189-17, 224 y 355 de la Carta Constitucional; aquellos que expidan los órganos constitucionales no ubicados dentro de la Rama Ejecutiva según lo ordenado en los artículos 235-6, 237-6, 244-11, 246 y 268, numeral 12 de la Constitución. Adicionalmente, las asambleas departamentales y concejos municipales tienen la facultad de desarrollar directamente la Carta en los asuntos que atañen al núcleo esencial de la autonomía.

Denominación	Explicación
Reglamento que desarrolla ley marco	<p>Las leyes marco son aquellas en las cuales el Congreso aprueba normas genéricas en relación con ciertas materias y señala, al mismo tiempo, los objetivos y los criterios generales que debe seguir el Gobierno al momento de expedir la reglamentación complementaria frente a estas.</p> <p>Establecen un reparto de competencias normativas entre el Congreso y el Ejecutivo, que deben respetarse mutuamente. El reglamento que expide el ejecutivo busca brindar respuestas prontas y oportunas, mediante procedimientos ágiles, a las necesidades regulatorias de ciertas materias, caracterizadas por su variabilidad y contingencia. Por esta razón, deben ser más flexibles para su modificación.</p> <p>Sobre su naturaleza jurídica, la Corte Constitucional ha sostenido que es estrictamente administrativa; mientras que el Consejo de Estado sostiene que es materialmente legislativa.</p>
Reglamento que desarrolla ley habilitante	<p>Es aquel que debe ser proferido en los casos en los que a una autoridad pública se le haya atribuido una competencia que puede conllevar el ejercicio de actividad normativa. Esto cuando dicha facultad haya sido atribuida directamente por la Constitución, pero su ejercicio haya sido sometido, por la misma Carta Política, a una habilitación legal. Para ello se utiliza la fórmula <i>de conformidad con la ley</i>, al asignar potestades normativas al Gobierno, a organismos autónomos, o a otras autoridades.</p> <p>El Consejo de Estado excluye de esta categoría los dictados en virtud de lo dispuesto en el artículo 189-11 superior por parte del presidente de la República, que lo faculta para la expedición de reglamentos que deben sujetarse a las normas con rango formal de ley. En primer lugar, porque es exclusiva del presidente y en segundo, porque bajo ella puede expedir reglamentos cuya facultad no emana del Carta Constitucional sino de la misma ley a la cual va a reglamentar.</p>
Reglamento subsidiario o residual	<p>Mediante este, el Gobierno efectúa la regulación de un asunto que en principio se encuentra dentro de la competencia normativa propia del legislador, pero ante la falta de expedición de ley por el Congreso, en virtud de la Constitución, el Ejecutivo lleva a cabo esta tarea. En este caso, el Gobierno goza de autonomía y amplitud para establecer las reglas y las previsiones pertinentes. Como ejemplo pueden citarse los supuestos previstos por los artículos 41 y 42 transitorios de la Carta².</p>

² El Consejo de Estado cita el artículo 341 de la Carta, que en uno de sus apartes refiere lo siguiente: “si el Congreso no aprueba el Plan Nacional de Inversiones Públicas en un término de tres meses después de presentado, el gobierno podrá ponerlo en vigencia mediante decreto con fuerza de ley”. No estoy de acuerdo en considerar que se trate de un ejemplo de reglamento, puesto que se trata de un acto de estatus legislativo, cuya competencia para conocer de su posible inconstitucionalidad la tiene la Corte Constitucional en virtud de lo dispuesto en el artículo 241 de la Carta.

Denominación	Explicación
Reglamento en asunto especializado	Son proferidos por cualquier autoridad administrativa en ejercicio de la facultad que le asiste para regular la ejecución de las funciones o la prestación de los servicios a su cargo, por lo tanto, se dan con mayor frecuencia frente a asuntos de naturaleza técnica. Estas están subordinadas a la Constitución, a la ley y a los reglamentos expedidos por el presidente, en virtud de la facultad que emana del artículo 189-11 constitucional y a las demás reglamentaciones expedidas por otras autoridades o instancias administrativas de jerarquía superior.

Fuente: elaboración propia con base en jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano

Para puntualizar sobre la noción de acto administrativo, el Consejo de Estado ha hecho énfasis en que:

- No constituye una categoría normativa que pueda definirse por referencia exclusiva a su contenido; por ende, existen varios tipos de reglamento, tal como se observa en la Tabla 1 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera).
- No se trata de una fuente de derecho que ocupe una única posición en la jerarquía normativa interna.
- Al tratarse de actos administrativos, la competencia para conocer las acciones que contra estos se interpongan la tiene la jurisdicción contenciosa administrativa, más no la jurisdicción constitucional.
- Es un mecanismo de regulación de una multiplicidad de materias que no en todos los casos se encuentra subordinado a la ley.
- La propia Carta también se encargó de generar fenómenos de disgregación o difusión, como de desconcentración del ejercicio de la potestad de producción de actos normativos de efectos generales y de carácter reglamentario, en cabeza de órganos de diversa índole, tales como los autónomos e independientes, ubicados por fuera de las tres ramas representativas del principio de separación de poderes o incluso, aquellos que forman parte de la Rama Judicial.